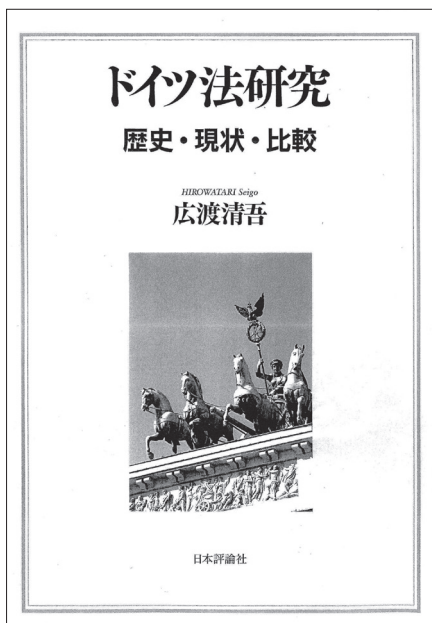


【著書紹介】

自著『ドイツ法研究——歴史・現状・比較』（日本評論社・2016年・552頁）を語る

広渡 清吾



本誌53号（2016年12月）には筆者の定年退職の際の研究報告と討論「課題としての法学—科学・フィクション・プログラム（法学はなにを問うのか）」が掲載された。その末尾のあとがきに付記した新刊自著について、さらに紹介の機会を与えていただくことになった。心から御礼を申し上げたい。

紹介する本書は、筆者の研究のうち、「ドイツ法研究」として位置づける個別論文を収録したものである。収録論文は、1990年代以降のものをとりあげ、「歴史・現状・比較」の副題は、「ドイツ法研究」の対象ないし方

法的視角を示す趣旨である。1990年代以降の筆者の仕事のうち、プロジェクト的に取り組んだものとして、ドイツ統一に関する研究は『統一ドイツの法変動——統一の1つの決算』（1996年）として、また、法と社会の比較に関するものは『比較法社会論研究』（2009年）としてとりまとめたので、本書は、ドイツ法研究者としての筆者が定点観測的に続けてきた複数のテーマ・領域について発表したものを収録し、これらのテーマ・領域のそれぞれについても1書にとりまとめる希望をもちつつ、大学教師としてのキャリアを終えるに際してさしあたりの区切りをつける趣旨によって刊行したものである。

本書は、刊行の新しい順に配列した諸論文によって15章編成とし、うち3つの章について、関連する論文を刊行年次に関わりなく「付論」として配した。そこで本書は、下記に示す目次のように全部で18本の論文を収録するが、内容的には、5つのブロックに分ける

ことができる。そこで、これらのブロックごとに筆者の仕事の「歩み」に触れながら解題的介绍をしたい。

1. 論文数のもっとも多いブロックは、ナチス法研究である。第1章「ナチス私法学の構図」、第4章「ナチス法研究覚書」、第5章「ナチス司法点描」、第9章「ナチズムと近代・近代法」および第15章「ナチス民族法典の所有権規定」の5章がこれに属する。ナチス法研究は、筆者の一貫したテーマであり、1970年代初頭、助手時代からこれに取り組んだ。1980－1982年のドイツ留学は、ナチス法研究、とくにナチス私法学研究をテーマにし、その研究成果を『法律からの自由と逃避——ヴァイマル共和制下の私法学』（日本評論社、1986年）に仕上げたが、同書の副題が示すように、ナチス私法学の全面的分析に達する前に記述を終えてしまい、この課題を先送りしてしまった。

その後のナチス法研究の再開が第15章論文（1990年）であるが、同論文は、当時筆者が一つの重点課題としていた土地法・都市法研究の問題意識からアプローチしたものである。また、第9章論文（2001年）は、1999年の法制史学会創立50周年記念シンポジウム「近代法の再定位——比較法史的試み」に報告者として参加し、「近代法の再定位」という分析視角を与えられてナチス時代の法現象を考察したものである。この2論文は、このような一種の迂回を通じて、筆者のナチス法研究に幅と深化をもたらすものになったと考えている。前者は、ナチス期における土地法・都市法が現代的な性格をもつものとして産みだされ、戦後の発展に連続することを明らかにし、これを例証としてナチス法の前後の歴

目次

第1章	ナチス私法学の構図
第2章	ウェーバーの「法の形式的合理性」概念の位置
第3章	国籍・市民権・民族所属性－「人と国家の関係」の法的形象をめぐって
第4章	ナチス法研究覚書
第5章	ナチス司法点描－清水誠のドイツ法研究に寄せて
第6章	ドイツにおける「統合」問題－国籍・ジェンダー・宗教
第7章	ドイツ民法典第1条の含意
付論	法制度としての性別
第8章	国際移住の法システム－ドイツ法とEU法を素材にして
第9章	ナチズムと近代・近代法
第10章	日本社会の法化－ドイツとの比較で
第11章	氏名法について－ドイツと日本の比較法史的考察
付論	国家と家族－家族法における子の位置
第12章	ドイツにおける戦後責任と戦後補償
付論	憲法と戦後責任－戦後50年・日本とドイツ
第13章	ドイツにおける都市法制の形成過程
第14章	ドイツにおける都市法の論理と歴史的發展
第15章	ナチス民族法典の所有権規定

【著書紹介】

史との断絶と連続の両側面を照射する必要性を示した。また後者は、「近代」に付随する「進歩」の観念および近代・近代法の「フィクション性」を考察の鍵概念とすることによって、ナチス法イデオロギーのポスト近代性とアンチ近代性の両側面を明らかにすることを試みた。これらを経て、ナチス法研究にあらためて自覚的に取り組みはじめたのが、第5章（2013年）、第4章（2013年）、第1章（2016年）の諸論文であり、いずれも専修大学入職以降のものである。

筆者のナチス法研究は、戦後の保守的なドイツ法学界のなかで、やっと1960年代後半から社会と大学における改革のエネルギーを基礎にして、若い世代（いわゆる「68年世代」）がナチス法研究に取り組み始めたことに刺激をうけたものである。筆者がギーセン大学を留学先を選んだのは、同大学がこの新たな研究動向の拠点の1つであったことによる。それからほぼ半世紀を経て、ドイツではこの間のナチス法研究自体が歴史的分析の対象となり（「研究の歴史化」）、ナチス法研究のパースペクティブが多様化し、複雑化している。その中で、あらためて「ナチス時代」を対象化することは、「ナチス時代」の人類史的「重さ」に鑑みて、ドイツ社会において、また、日本社会にとっても、揺るがせにできない重要な課題である。この新しい研究の発展段階に対応しつつ、自分のストックを活かしながら、ナチス法研究、とくにナチス私法学研究を一書にとりまとめることが、筆者にとっては今後の課題の第一のものである。

2. 第二のブロックは、外国人問題と外国人法の研究である。第3章「国籍・市民権・民族所属性——『人と国家の関係』の法的形象をめぐる」（2014年）、第6章「ドイツにおける『統合』問題——国籍・ジェンダー・宗教」（2010年）および第8章「国際移住の法システム—ドイツ法とEU法を素材にして」（2007年）は、このブロックに属する。1960年代を通じての外国人労働者の積極的導入とその後の外国人労働者の「移民化」は、筆者がギーセンに留学中、ドイツ社会にとって最大の問題の一つとなっていたから、そのただなかで生活することによって、外国人問題と外国人法についての筆者の問題関心は大きく育った。とくに、1982年春にハンブルクで開催されたドイツ法社会学会（Deutsche Vereinigung für Rechtssoziologie）において、クヌート・ドーゼ氏の報告を聞くことができたことは、研究を進める重要なきっかけになった。かれは、1981年に『外国人労働者と市民国家——国家的外国人政策と外国人法の生成と機能。帝国からドイツ連邦共和国まで』（Knuth Dohse, Ausländische Arbeiter und bürgerlicher Staat. Genese und Funktion

von staatlicher Ausländerpolitik und Ausländerrecht. Vom Kaiserreich bis zur Bundesrepublik Deutschland, Verlag Anton Hain, 1981.) を刊行したばかりであった。

外国人問題について筆者がはじめて論じたのは、『法律時報』の法律時評で「定住外国人の選挙権」を取り上げたときである（1986年9月号）。ここでは、ドイツにおける外国人の選挙権をめぐる議論をベースに日本の在日朝鮮人の選挙権問題にアプローチした。これ以降、戦後西ドイツの外国人問題と外国人法制についていくつかの論文を書いたが、社会学者や経済学者（宮島喬、梶田孝道、森田桐郎、伊豫谷登志翁各氏）との共同研究を縁由とするものが多かった。日本の法律学でこのテーマは、まだ一般的でなかったからである。統一前後の全体状況と問題については、前掲書『統一ドイツの法変動』第4章「外国人労働者・移住者・難民－外国人法制の新展開」において分析した。

第6章の「統合」を扱った論文は、「ジェンダーと多文化共生」をテーマとする共同研究に参加して、また、国際移住の法システムを扱った第8章論文は、「法の再構築」を共通テーマにする共同研究に参加して、それぞれ執筆したものである。両論文においては、考察の対象がドイツ法からEU法に広がり、また、外国人政策におけるもっともセンシティブな問題である「統合（Integration）」が、ジェンダーと宗教にも同様に関わる原理的な問題であることを分析し、外国人問題と外国人法研究のパースペクティブが広がっている。さらに、第3章は、ドイツにおける近代以降の外国人と国民を識別する国籍制度および関連する「市民権」の制度の展開、加えて現代的問題として第1次世界大戦後のワイマール時代に領土喪失の代償的機能をもたされた「民族所属性」概念の、その後のナチス時代および戦後西ドイツにおける作用と意義を通史的に分析したものである。

現代の外国人問題は、日本社会も1980年代以降、同様の問題に直面するが、グローバル化する世界における平等と個人の尊厳をめぐる問題である。日独の双方を視野に入れ、また、歴史的経緯を含めて、外国人法の制度（移住・移民・難民制度）と同時に人の国家への所属性をめぐる法制度と思想的原理をあわせて分析する仕事をさらに進めたいと考えている。

3. 第三のブロックは、性別をめぐる法制度について考察する諸論稿である。第7章「ドイツ民法典第1条の含蓄」（2008年）、同付論「法制度としての性別」（2012年）、第10章「氏名法について」（1997年）および同付論「国家と家族—家族法における子の地位」（2010年）は、このブロックに属する。「法制度としての性別」は、ジェンダー法学会が創立10年を記念した出版である「講座・ジェンダーと法」（全4巻）の第1巻『ジェンダ

【著書紹介】

『法学のインパクト』（2012年）に掲載された。

性別をめぐる法制度は、国家が人をどのように法的に把握するかという大きな問題の一部をなし、それゆえ、近代法のあり方、そして現代法の展開において、本質的な問題を形成する。近代民法典は、フランス民法典以来、オーストリア一般民法典、ドイツ民法典、明治期に制定された日本民法典も含めて、「人」について生まれながらに法人格＝権利能力を平等に与え、これこそが近代以前の奴隷制や身分制社会と異なる近代社会の指標であるとされた。他方、その下で、自然的な摂理という理由に基づいて、行使しうる法的権利において男性が女性に優越することが民法典自身によって（かつ、公法的諸権利についても）規定される。このように男女の区別、性別は自然的なものとみなされ、法秩序の前提的所与として近代法制度の根幹に厳格に位置づけられた。

現代において個人の尊厳と男女同権の原理の圧力は、法的抽象的平等原理と社会における事実に基づく具体的不平等のギャップに変容を迫り続ける。日独における氏の制度は、その1つの具体的例証である。氏名が個人のアイデンティティの表現として「氏名権」として保護されるべきものとすれば、その変更を強制することは個人の尊厳の擁護に抵触する。変更についての法規制は、理論的に徹底すれば、氏名の社会的識別機能の確保の観点から、任意の変更が公共の利益を害するような場合のチェックに限られるべきことになる。また、近代法が当然視し、かつ、厳格に維持しようとした法制度としての男女二分法も、変容のダイナミズムのなかに置かれている。両性具有者に対する二分法の強制は、個人の尊厳を侵害しうるからである。この中で、異性婚に基礎づけられる家族の形式は、西欧諸国では同性婚や同性カップルの法的承認によって、法制度上もはや独占排他的なものではなくなった。男女の性別の存在意義が、究極において自然的生殖を通じての人類の再生産にあるとすれば、生殖医療を手段とする人工的生殖の可能性の増大は、法制度としての性別の意義そのものに変容をもたらす可能性がある。こうして、カップルの多形式化と人工的生殖の拡大は、子の産出のあり方を多様なものとし、それゆえ、そこにおいては、子の個人としての尊厳を保障する法制度の明確化と強化が求められることになる。

以上のような筆者の考察は、事態がそうであるように、なお進行中のものとして、これからも検討を深めるべきものと考えている。

4. 第四のブロックは、現代の日本とドイツの法と社会の比較を目的とした研究である。この比較研究は、ドイツ法研究者としての筆者にとって基本となる研究であり、すで

に『二つの戦後社会と法の間——日本と西ドイツ』（大蔵省印刷局、1990年）では、11のテーマにそって比較を試みた。本書の第10章「日本社会の法化—ドイツとの比較で」（1997年）、第12章「ドイツにおける戦後責任と戦後補償」（1994年）および同付論「憲法と戦後責任—戦後50年・日本とドイツ」（1995年）は、この系列に属する。

第12章および同付論は、「戦後50年」の時期を背景に執筆された。筆者は、日独の現代社会の比較の枠組みとして「戦後社会 Nachkriegsgesellschaft」の概念を用意し、敗戦・新憲法制定・経済優先の復興・戦前との自覚的断絶を共通にする「戦後社会」としての日独が、戦後の展開のなかで分岐する様相を明らかにしようとしてきた。憲法の役割、戦後責任のとり方、戦後補償の進め方は、いずれも戦後社会の診断についての重要な指標である。「戦後70年」の今日、日本社会は、復古主義的な政治のリーダーシップが強まり、「戦後社会」性の希薄化が進められている。「戦後50年」に際して筆者が危惧し、指摘した問題は、同様の構図のまま、事態は一層悪化している。他方、ドイツは、比喩的にいえば、戦後責任を貫徹する方向で発展的に「戦後社会」を乗り越えつつあるようにみえる。筆者の見立てによれば、日本国憲法第9条（戦争放棄・戦力不保持・交戦権否認）とドイツ基本法第16a条1項（難民に対する庇護権の保障、原始規定16条2項2文）は、ともに国際社会のスタンダードをこえる、戦後社会的憲法規定である。

いきなり、時事的になるが、二つの規定に対する安倍首相とメルケル首相の姿勢のコントラストは、「戦後社会」としての日独社会の分岐を象徴する。「戦後社会」的視角からの安倍政権下の問題状況についての最近の筆者の発言として、参考までに以下がある。

「歴史的責任の引受こそ信頼関係の基礎——戦後70年のドイツからみる」法と民主主義NO.503、2015年、『戦後100年』に『約束と希望』をつなぐ」法律時報87巻13号、2015年、「戦争法は廃止しなければならない——日本社会の岐路と新たな選択」法と民主主義NO.505、2016年、『『学者の会』と安保法（案）反対運動』FORUM OPINION, Vol.32, 2016年、「安倍政権へのオルタナティブを——個人の尊厳を擁護する政治の実現を目指す」法と民主主義No.511、2016年。

第10章論文は、1970年代後半から1980年代に欧米において、また、それを移入した日本において、現状分析の概念として大きな影響力をもった「法化」を軸に、日本とドイツにおける法の密度、法と社会の関係のあり方、法律学のあり方の比較を試みたものである。欧米社会において「国家法の社会に対する過剰介入」をとらえる概念としての「法化」は、日本社会にとって原産国の意義通りに利用することが不適合であり、法化をめぐる日本

【著書紹介】

に固有の状況のあることが明らかにされている。同論文は、法と社会の比較において、日本社会の固有の相に迫るためには、一方で「発展段階論的モデル」（西欧諸国と同系列の発展モデルにおける時差をとらえる）、他方で「文化差異論的モデル」（独自の歴史的文化的発展を強調する）のいずれに偏することなく、「適切な比較の方法を熟成」させることが必要だと結んでいる。この問題意識の延長線上に検討を続けて、いくつかの論文をまとめ、「法と社会の全体像」を特徴づける方法論の提示を試みたのが上記の『比較法社会論研究』であるが、十分な「熟成」とはいえず、筆者にとってさらに追求すべき課題である。

第2章「M. ウェーバーの『法の形式的合理性』概念の位置」をここで挙げておく。これはウェーバーの生誕150年を記念した法制史学会のシンポジウムでの報告であり、筆者の研究テーマとして系列外のようにみえるが、この論文の関心はウェーバー「法社会学」のドイツ法学史における位置に向けられており、筆者のドイツ私法学史研究に通底している。

5. 第5のブロックは、土地法・都市法研究である。第13章「ドイツにおける都市法制の形成過程」（1993年）、第14章「ドイツにおける都市法の論理と歴史的発展」（1993年）および第15章「ナチス民族法典の所有権規定」（1990年、これは第1のブロックでもカウントした）がこれに属する。これらの仕事は、1987年に組織された「都市法研究会」における共同研究から研究上のモチーフや刺激をえて、生まれたものである。第14章は、同研究会の成果として刊行された『現代の都市法—ドイツ・フランス・イギリス・アメリカ』（原田純孝他編、東京大学出版会、1993年）に執筆した。そこでは、都市法という理論上の法システム（いうまでもなく実定法素材の体系的整理を基礎にする）の構成およびそれらの制度的諸要素の歴史的成立を分析し、理論的かなめとして計画と所有権の関係を論じた。第13章および第15章は、歴史研究にあてられている。

都市法研究会は、東京大学社会科学研究所の私法メンバー（渡辺洋三、利谷信義、稲本洋之助）を中心に組織された「土地法研究会」（その主たる研究成果として渡辺洋三／稲本洋之助編『現代土地法の研究（上・下）』岩波書店、1982年、1983年。筆者も参加）のあとを継ぐ形で、より若い世代を中心に活動したが、その際の筆者にとっての核心的なモチーフは、都市法の理論的歴史的な分析とともに、当時の中曽根内閣の経済成長促進型の規制緩和的都市政策に対して、脱成長主義的、環境保全型の都市政策を追求するところにあった。筆者は、その後90年代末に、社会的争点となった借地借家法制について若干の論文を執筆しているが（「住居賃貸借法の位置と政策的機能」法律時報70巻2号、1998年、「日本の借地法制の特

色とその動向」『新借地借家講座・第1巻・総論・借地編I』日本評論社、1998年）、それ以降は格別のフォローを行っていないので、この法領域にカンバックするのは、難しそうである。とはいえ、土地法・都市法は、「所有権の自由」と「建築の自由」の制度的あり方をめぐって日独がかなり鮮明な対照を示しており、日本とドイツの法と社会の比較において、格好の領域である。

筆者のドイツ法研究における問題関心は、基本的に、日本という社会に生活し、そこからドイツという社会を観察するところに発している。日本社会においてリアルタイムに生起する問題が筆者の研究者としての意識を多かれ少なかれ刺激し、規定して、ドイツ法研究の問題設定を導く。他方で、ドイツ社会の問題から日本社会を逆照射して、これまでそこに見えていなかった問題をあらためて位置づけることがある。個別のテーマについて、どちらがどれと腑分けすることは難しく、両要素が相乗的に作用して、筆者のドイツ法研究を形作っている。

翻って考えれば、日本におけるドイツ法研究ないし日本とドイツの法と社会の比較は、近代国家と資本主義の発展史における、英米仏に対する両者の後進性、およびそれに規定された日本のドイツ法継受（プロイセン憲法およびドイツ民法典に代表される法制度およびその運用のための法理論の継受）、つまり、ドイツと日本の相似性と関係性に客観的に条件づけられている。また、第二次世界大戦後の、「戦後社会」としての並行性と分岐は、アジアのなかの日本、ヨーロッパのなかのドイツという位置づけをともなって、二つの社会の比較研究を根拠づけている。筆者のドイツ法研究の意味は、こうした歴史的構図に基礎づけられてもいる。

本書は統一的な課題と結論を示すものではないが、「ドイツ法研究」の多様な相を提示することを通じて、学界に裨益するものとなることを心から願っている。また、本書の巻末には、読者の便宜のためにやや詳しく事項索引および人名索引を掲載し、人名索引については、可能な限り生年・没年を付記した。

本書について佐藤岩夫教授による書評が『法律時報』2017年1月号に掲載された。あわせてご参照いただければありがたい。